



Conclusions et Perspectives. Point de vue européen.

Laurence Boy

► To cite this version:

Laurence Boy. Conclusions et Perspectives. Point de vue européen.. Le droit OHADA, fédérateur de l'intégration et du développement économique de l'Afrique? Efficacité et perspectives., Oct 2010, Yaoundé., Cameroun. p.409-420. hal-00722825

HAL Id: hal-00722825

<https://hal.science/hal-00722825>

Submitted on 4 Aug 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Séminaire de Yaoundé 23 octobre 2010

Le droit de l'OHADA, fédérateur de l'intégration et du développement économique de l'Afrique ? Efficacité et perspectives.

Conclusions et perspectives

Point de vue européen.

Laurence Boy

Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis

GREDEG

Ce n'est certainement pas à un européen de proposer des conclusions sur ce séminaire d'une grande actualité ni même de proposer des perspectives. Nous laisserons cette tâche à Grégoire Bakandeja. Sur ce beau thème très riche, trop peut-être pour être traité en une journée, ce sont des questions que nous pensons devoir formuler et qui sont déjà inscrites dans le titre même du séminaire : Le droit de l'OHADA, fédérateur de l'intégration et du développement économique de l'Afrique? Efficacité et perspectives. Il soulève d'emblée les questions majeures de la place du droit dans le développement africain, spécialement celle du droit de l'OHADA. Les exposés ont permis de montrer que le droit, loin d'être un simple reflet de l'économie, joue un rôle structurant très fort sur les rapports économiques et sociaux, notamment sur le modèle de développement qui est et pourrait être celui de l'Afrique.

La première constatation qui, pour moi, s'impose est la situation particulière de l'Afrique dans la mondialisation de l'économie. La rapidité et la force de diffusion de la mondialisation économique rendent encore plus visibles que par le passé les questions de développement. La mondialisation est vieille. Elle prenait son temps. Aujourd'hui tout se bouscule. De ce point de vue, l'Afrique occupe une situation originale : elle a en même temps un pied dans la modernité, voire la post-modernité dans laquelle elle a été immergée d'emblée (les nouvelles technologies: le téléphone cellulaire, par exemple, qui fait partie du quotidien) et un pied dans les cultures anciennes et ce que l'on peut appeler le «sous-développement» ou plutôt la tradition. Cette situation originale et peu confortable présente l'avantage de montrer les besoins immenses et extrêmement rapides auxquels sont

confrontés les pays africains du point de vue du développement ¹et du niveau de vie de ses populations : besoins matériels d'accès à l'alimentation, l'eau, l'énergie etc., besoins immatériels comme la formation et l'information. Elle a surtout l'immense mérite de mettre en lumière les ravages produits par le mode de développement des pays dits développés qu'il s'agisse de l'environnement ou des relations humaines et sociales ou encore du point de vue de la destruction systématique du lien social «concret».

Face à cette situation et aux exemples venus des pays développés et de certains pays émergents, le continent africain peut profiter de cette ubiquité pour tenter de réussir un développement qui permette l'éviter les échecs des actuels modes de développement. A cet égard le droit de l'OHADA eut-il être le fédérateur de l'intégration et d'un développement qui soit proprement africain?

Le propos d'usage est de se garder de conclure. Je me permettrai quand même de proposer en partage quelques interrogations suscitées par les exposés et les débats.

De façon générale, la notion d'intégration paraît extrêmement complexe et invite à en approfondir les dimensions, précisément pour éviter les dérives liées à la seule intégration économique qui préside aujourd'hui à la suprématie du marché. Comme l'a très bien montré M. Delmas-Marty², l'intégration est plurale. Si elle est principalement économique, elle est aussi juridique et c'est en ce sens que le droit de l'OHADA est sollicité comme favorisant potentiellement le développement de l'Afrique. Ces intégrations économique et juridique qui ont été d'abord celles du droit du marché doivent être combinées aujourd'hui avec une intégration qui nous semble cruciale, l'intégration dite «matérielle» qui est celle de l'insertion de valeurs sociales, sociétales (lien social intra et intergénérationnel, formes diverses d'apprentissage et d'enseignement notamment) et environnementales dans la seule logique des marchés. C'est à la condition de combiner ces diverses formes d'intégration que la préoccupation de développement réelle apparaît: à savoir non pas seulement, celle du seul développement économique mais celle d'un véritable développement

¹ Rappelons simplement que le «bonheur» ne se mesure peut-être pas simplement en termes de PIB. J. Stiglitz et alii, « Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social ». Le but de cette commission était de développer une « réflexion sur les moyens d'échapper à une approche trop quantitative, trop comptable de la mesure de nos performances collectives » et d'élaborer de nouveaux indicateurs de richesse. Le rapport a préconisé l'élaboration d'un tableau de bord regroupant plusieurs indices autour de trois grands axes :

Axe économie avec une amélioration de la façon de calculer le PIB,

Axe bien-être. Avec une évaluation tant au niveau subjectif qu'objectif avec prise en compte de la consommation, de la répartition des revenus et du patrimoine.

Axe « soutenabilité » du développement avec deux grands angles d'approche : un indicateur monétaire synthétique de « soutenabilité » et des indicateurs physiques « dont l'un d'eux indique clairement dans quelle mesure nous approchons de niveaux dangereux d'atteinte à l'environnement ».

² Dir. *Critique de l'intégration normative*, Coll. Les voies du droit, Thémis, PUF, Paris 2004, p. 13.

durable³. Celui-ci doit s'appuyer sur ses trois piliers «officiels»: économique, environnemental et social, sachant que ces trois piliers sont tout à la fois encore plus nécessaires mais aussi plus difficiles à articuler dans le cadre de relations mondialisées «Nord/sud» pour faire simple. On évoquera à cet égard, d'une part, la difficile construction à vocation mondiale de la fameuse «clause sociale» voulue par les pays riches alors que l'on connaît les ravages auxquels peut conduire une application aveugle de l'interdiction du travail des enfants par exemple, d'autre part, les contraintes environnementales qu'il faudrait soudain harmoniser mondialement alors que les pays riches ont assuré leur développement sans interrogation véritable ni sur leurs responsabilités passées ni sur ce que l'on désigne aujourd'hui par «générations futures»⁴.

L'intégration ne doit pas être reçue comme la panacée universelle ; elle a ses limites surtout lorsqu'il s'agit de l'intégration par le marché. Les intégrations économique, normative, matérielle, culturelle doivent être toutes sollicitées et combinées avec le respect de la diversité.

Il a été largement question aussi du rôle de l'investissement dans l'intégration et le développement économique de l'Afrique. L'investissement et ses supports, ses moyens de financement sont incontestablement le «nerf de la guerre» mais d'une guerre non véritablement belliqueuse, plutôt entendue comme compétition. L'Afrique manque cruellement des investissements dans les infrastructures de base (transports routiers, par voie ferrée ou navigable) qui sont la condition même, à côté des communications immatérielles, de tout développement. Ici encore, un simple «copié-collé» du modèle dominant des partenariats publics/privés tels qu'ils fonctionnent aujourd'hui ne semble pas satisfaisant. L'investissement ne peut être un concept abstrait. Pour assurer le développement, c'est d'investissement productif dont il faut parler et d'un investissement au service de politiques économiques. Et sur ce point, il est impossible d'évoquer sérieusement le développement de l'Afrique sans chercher à mettre en place progressivement des mécanismes que mettant fin à la corruption. Il ne s'agit pas de l'objet de ce séminaire mais la question mérite d'être abordée sérieusement et progressivement, selon nous, tant elle est liée à l'économie informelle qui, elle, n'est pas nécessairement «mafieuse». Un véritable questionnement doit être mené pour traiter sérieusement non de l'investissement mais «des » investissements concrets (lesquels ?) et des financements des investissements en Afrique, lesquels sont eux aussi extrêmement variés comme l'ont montré certaines interventions⁵.

³ Parmi d'autres, C. Gendron, *Le développement durable comme compromis, La modernisation écologique de l'économie à l'ère de la mondialisation*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2006.

⁴ L'acception la plus couramment utilisée est la suivante : *Le développement durable est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs*. Rapport Brundtland, 1987.

⁵ On pense aux tontines bien sûr.

En outre, et c'est une dimension qu'avec un recul sur nos propres réussites et échecs européens, on doit envisager. Le développement est aussi largement régulé, dans un monde soumis à l'économie de marché, à une véritable culture de la concurrence. Il nous semble peu crédible de penser que le droit de l'ODADA puisse fédérer une intégration et un développement économique en Afrique sans s'appuyer sur une culture concurrentielle. Faut-il pour autant que le droit de l'OHADA s'empare de cette question? Ici, les exposés ont montré que la complexité est à son comble. Droit de l'UEMOA⁶, de la CEMAC, de la CEDEAO... Faut-il donc encore ajouter une «couche» de complexité à un monde déjà difficilement compréhensible d'autant que certains Etats ont eux-mêmes leur propre droit de la concurrence plus ou moins en conflit avec les droits régionaux, que ce soit de façon substantielle ou/et institutionnelle et procédurale ?

Les intervenants ont plaidé en faveur d'une réflexion qui paraît être à double détente. D'abord une prudence institutionnelle. Il semblerait que la recherche d'une simple harmonisation d'une politique de la concurrence soit préférable à une centralisation d'institutions concurrentielles dans un monde très inégal (UEMOA, CEDAO, CEDAC). En outre, un décalque des droits de la concurrence, voire des régulations de la concurrence américains et/ou européennes n'est ni envisageable ni, surtout souhaitable. Même avec des différences très sensibles dans leurs approches, spécialement dans le domaine des positions dominantes, les droits étrangers américains et européens ne peuvent être transposés tels quels en Afrique. Les questions majeures qui se posent pour les entreprises africaines ne peuvent être analysées que marché par marché et l'accent a été mis sur les difficultés d'accès au marché de la part des entreprises locales, lesquelles ne peuvent être traitées de la même façon que les grosses entreprises ou les multinationales. Si le développement d'une culture de la concurrence est une exigence commune indispensable aux africains, les droits de la concurrence devraient sans doute tenir compte, pour leur part, des spécificités des marchés africains.

I. Le droit substantiel

S'agissant du droit substantiel, il existe incontestablement des chevauchements entre les systèmes intégratifs de type CEMAC et UEMOA et le droit de l'OHADA. Ceux-ci résultent de deux phénomènes. Il s'agit d'abord, des superpositions complexes des espaces réellement communautaires et de l'espace OHADA ainsi que des chevauchements potentiels entre les espaces communautaires eux-mêmes. Il s'agit, ensuite et surtout, des domaines couverts par ces derniers

⁶ Coulibaly, A., *Le Cadre Juridique et Institutionnel de la Concurrence: dans l'espace UEMOA: contribution à l'assainissement Juridique de l'environnement Economique des Entreprises*, Editions universitaires européennes, Novembre 2010.

qui, bien que non délimités précisément dans les espaces communautaires, ne peuvent être toujours clairement distingués du droit de l'ODADA.

Les premiers visent, selon une formule assez générale, avant tout à renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des États membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé et à créer entre États membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux. Cet objectif très général de construction d'un marché commun recouvre bien évidemment partiellement le «catalogue», énoncé d'ailleurs plutôt en termes de «branches du droit», de l'OHADA.

Le Traité initial disposait en effet :

Article 1

Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires (souligné par nous) dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels.

Article 2

Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports.

Le texte du Traité de Port Saint-Louis disposait cependant que le domaine de l'harmonisation du droit de l'OHADA comprend aussi «toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure». Le Conseil de Bangui en mars 2001 a donc ajouté «le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve».

Ce catalogue très classique, même si les auteurs le qualifie de droit moderne, articulé autour de branches traditionnelles du droit mais sans véritable logique intégrative économique recouvre incontestablement en partie la logique de droit économique à travers le droit des affaires, qui est aussi en partie celle des espaces intégrés dans la mesure où la dimension concurrentielle qui préside au marché n'a, par définition, pas de frontières⁷.

Du point de vue du droit substantiel, il n'y a donc pas toujours de différence essentielle entre les droits des espaces régionaux et le droit de l'OHADA, si ce n'est que pour l'heure, ce dernier ne

⁷ A. Pirovano (Mélanges en l'honneur de, Dir. L. Boy), *L'ordre concurrentiel*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003 ; L. Boy, *Droit économique*, éd. L'Hermès, Lyon, 2002 ; G. Farjat, *Pour un droit économique*, Coll. Les voies du droit, Paris, PUF, 2002.

comporte pas de droit de la concurrence. C'est principalement par leur méthodologie qu'ils se distinguent, celle de l'OHADA étant, *a priori*, la plus ambitieuse de part sa volonté unificatrice mais moins intégratrice en termes de marché.

II. La méthodologie.

Le droit de l'OHADA est ambitieux. Il se veut unificateur par un modèle sans doute hérité du colonisateur: la codification⁸. Pour autant, peut-on le confondre avec une démarche d'intégration économique? Même si, particulièrement en Afrique, les espaces juridiques, géographiques et régionaux s'imbriquent de façon particulièrement complexe rendant vaine toute tentative de classification définitive, il faut se garder d'une confusion qui pourrait être faite entre le droit de l'OHADA et le droit des espaces régionaux comme l'UEMOA, la CEDEAO ou encore la CEMAC. Il existe, en effet, deux types d'organisations qui s'intéressent à la sécurisation du droit des affaires dans les Etats africains francophones. Les plus anciens sont les organisations d'«intégration économique» nées dans les années 1960 en Afrique de l'Ouest et en Afrique centrale. Ce sont de véritables ordres juridiques communautaires au sens européen de cette notion. La création de l'OHADA en 1993 ne correspond absolument pas à ce schéma. Cet édifice institutionnel ne se rajoute que mathématiquement à ce dernier. En effet, l'OHADA ne crée pas un espace économiquement intégré - le droit de la concurrence notamment ne fait pas partie de son champ de compétence - mais un système de normes unifiées au départ et semble-t-il de plus en plus, simplement harmonisées⁹.

De ce fait, le droit de l'OHADA ne constitue pas un droit communautaire mais un droit unifié dans certains domaines du droit des affaires, marqué principalement par le souci de sécuriser le recouvrement des créances. Il faut sans doute voir ici l'influence de l'UNIDA¹⁰ et donc du secteur bancaire sur le droit de l'OHADA, même si les champs d'intervention se sont élargis depuis le Traité initial et peuvent encore s'élargir.

Il faut noter en faveur de la méthodologie choisie l'adhésion générale de la société civile, comme en témoigne ce séminaire, du moins de la société civile représentée par les principaux opérateurs

⁸ A. Cissé, in *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, G. Otis, A. Cissé, P. de Deckker, W. Mastor, éd. des archives contemporaines, Agence Universitaire de la francophonie, Paris, 2010.

⁹ B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thouvenot, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2009.

¹⁰ UNIDA Association pour l'Unification du Droit en Afrique, African Association for a Unified System of Business laws 7, Avenue de Ségur 75007 Paris France. L'UNIDA a des liens étroits avec de nombreux acteurs économiques dont l'Association Africaine des Juristes de Banque et Etablissement Financier

économiques plus ou moins puissants que sont les banquiers, les financiers publics et privés et les professionnels du droit.

L'apport de l'OHADA a été très important pour les agents économiques importants¹¹. Le Traité constitutif a clarifié le statu des normes. Il s'agit bien d'un droit uniforme qui a vocation à s'appliquer directement à tous les agents économiques de l'espace OHADA. En outre les Traités de Port Saint Louis, de N'Djamena et de Dakar ont créé une juridiction spécifique: la Cour de commune de justice et d'arbitrage (CCJA).

Le Traité de Port Saint-Louis établit ainsi la primauté des Actes uniformes de l'OHADA. Plus essentiellement, et c'est là sa force, la Cour commune de justice et d'arbitrage se substitue, après l'appel, au juge de dernier ressort de chacun des Etats lorsque les Actes uniformes sont concernés, même si c'est uniquement lorsque ces derniers sont concernés. Elle apparaît donc comme le juge de cassation de l'ensemble des juridictions appartenant aux Etats membres de l'OHADA en matière de droit unifié sauf conflit possible entre le droit uniforme et les droits communautaires¹². Or, si le droit de l'OHADA entend s'attacher à l'avenir au droit de la concurrence, véritable vecteur de l'intégration économique, cette perspective est encore lointaine. De ce point de vue et pour l'heure, il convient de bien noter que la primauté du droit de l'OHADA et donc de la CCJA ne valent qu'à l'égard du droit interne des Etats membres, en aucun cas à l'égard des ordres normatifs régionaux, seuls porteurs d'une faculté réelle d'intégration économique.

C'est sans doute cet aspect institutionnel qui fait la force du droit de l'OHADA mais qui en marque aussi les limites en tant que système d'intégration économique. Est-ce à dire que des évolutions ne sont pas possibles? Nous ne le pensons pas mais on ne peut anticiper sur ces dernières ni sur le sens qu'elles prendront.

III. Des systèmes normatifs d'intégration économique évolutifs?

L'originalité du système OHADA repose incontestablement sur la force de son appareil juridictionnel: la CCJA qui, en outre, vise à unifier non seulement la justice publique mais aussi l'arbitrage, la justice privée, celle de la *lex mercatoria*, des *mercatores*.

Certains reproches ont été adressés à cette justice et à son arbitrage; ils nous semblent tout à fait fondés. Il s'agit principalement de l'aspect non démocratique de son arbitrage. Ce qui pourrait sembler marginal quand on envisage de façon générale le droit de l'OHADA - la revendication

¹¹ On sera plus dubitatif sur sa capacité à établir des ponts entre l'économie informelle et le secteur formel, ce qui suppose, nous semble-t-il, l'inverse de la démarche OHADA, c'est-à-dire une relative souplesse non excessivement formalisée.

¹² S-J Priso-Essawe, Les espaces juridiques de sécurisation des investissements en Afrique: entre droits communautaires et droit uniforme, in La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone: le Droit OHADA, *Revue Lamy Droit civil*, n° 67, Janvier 2010, p. 59 et s.

d'une démocratisation de la justice privée -, nous paraît en réalité fondamental en ce que cette revendication démontre que le droit de l'OHADA et sa justice restent encore et avant tout des systèmes élitistes confisqués par les plus puissants acteurs économiques, lesquels ne peuvent fonder véritablement un espace économique intégré.

D'une part, ainsi que le montre le cas de l'intégration européenne, c'est essentiellement *via* le droit du marché, c'est-à-dire le droit de la concurrence, que s'est construite cette dernière. Tant que ce cœur de l'intégration économique et juridique n'est pas constitué, on peut bien avoir des systèmes de libre circulation des marchandises, mais ils ne constituent pas de véritables marchés communs. Dans la CE, le critère qui a été de loin le plus important afin de justifier le recours aux règles communautaires a sans doute été « la nécessité de préserver l'unité du marché intérieur et d'éviter les distorsions de concurrence entre États membres »¹³. A cette fin, ont été institués une exclusivité de compétence en matière de politique commerciale commune, un contrôle des pratiques anticoncurrentielles puis des opérations de concentration pouvant affecter le commerce intracommunautaire. Si le Conseil des Ministres de l'OHADA tenu à Bangui en 2001 ajoute à la liste des compétences futures de la législation OHADA, le droit de la concurrence, on est en droit de s'interroger sur la logique profonde de cet ajout car il est immédiatement suivi d'une liste qui ne traduit pas une démarche véritable de volonté d'intégration mais une sorte d'inventaire à la Prévert : « le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve » !

En outre, la volonté de sécurisation des investissements sur un modèle formaliste, si elle correspond assez bien aux attentes des agents économiques « développés » et intégrés dans les schémas normatifs mondiaux que sont ceux de la Banque Mondiale, du FMI et des différentes institutions régionales de financement, passe complètement sous silence la situation des entreprises de l'économie informelle. Or, il nous semble que tant que le droit de l'OHADA ne cherchera pas les moyens de mettre en communication le système de l'économie informelle et les réseaux de l'économie formelle, voire mondialisée et internationalisée¹⁴, il peut difficilement prétendre constituer un véritable système d'intégration économique adapté à l'Afrique¹⁵. La tâche n'est pas aisée ; elle est autrement plus difficile que celle à laquelle s'est heurtée le droit communautaire européen après la seconde guerre mondiale. Aussi nous garderons nous de tout conseil.

¹³ I. Govaere, L'établissement des règles des marchés nationaux ou régionaux: de l'Etat régulateur souverain aux organisations d'intégration régionale promotrices, protectrices et intermédiaires in, La mondialisation du droit économique, *RIDE*, n° spécial, 2003, 3/4, p. 324.

¹⁴ F. Ost et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau ?, *RIEJ*, 2004-44, p. 9.

¹⁵ Même dans certains systèmes communautaires comme celui de l'UE et de l'UEMOA, certains concepts de fond du droit de la concurrence essentiels à la recherche d'un équilibre dans toute économie duale font cruellement défaut. On pense notamment à l'abus de dépendance économique qui existe en revanche en droit sénégalais comme en droits français et allemand.

Observons cependant que c'est peut-être parce que l'UE a su intégrer, vraisemblablement sous la pression des acteurs des marchés, les dimensions consuméristes, puis environnementales qu'elle est passée d'un droit principalement au service des marchands à un véritable droit des réalités économiques incluant les valeurs non marchandes. Notons cependant que le système reste profondément imparfait à défaut d'un droit fiscal et d'un droit social harmonisés, en dépit d'une référence toujours plus grande à la notion de développement durable. En Europe aussi – la crise actuelle de l'euro le montre aisément –, le travail en vue d'un espace réellement intégré est immense. *A fortiori* l'est-il en Afrique francophone où les difficultés sont autrement redoutables¹⁶. Mais nous ne doutons pas un instant de l'imagination créatrice des africains et de leur culture de la discussion.

Décembre 2010.

¹⁶ P. D. EHONDO, L'intégration juridique des économies africaines, in M. Delmas-Marty, *Critique de l'intégration normative*, op. cit., p. 185 notamment sur les "pièges d'un droit uniforme hégémonique dans le droit de l'OHADA".